

# ESCASEZ Y DERECHOS HUMANOS

Gregorio Peces-Barba

Universidad Carlos III de Madrid

## 1. Escasez y el derecho

**E**N el capítulo XI de la primera parte de *Don Quijote de la Mancha*, Cervantes pone en boca del caballero andante, una «larga arenga», como él mismo dirá, sobre esa versión de la utopía del estado de naturaleza que se ha llamado la edad de oro.

«Dichosos edad y siglos, dichosos aquellos a quienes los antiguos pusieron nombre de dorados, y no porque en ellos el oro, que en nuestra edad de hierro tanto se estima, se alcanzase en aquella venturosa, sin fatiga alguna, sino porque entonces los que en ella vivían ignoraban esas dos palabras de tuyo y mío. Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes; a nadie le era necesario para alcanzar su ordinario sustento tomar otro trabajo que alzar la mano y alcanzarle de las robustas encinas, que libremente les estaban convidando con su dulce sazonado fruto. Las claras fuentes y corrientes

rios, en magnífica abundancia, sabrosas y transparentes aguas les ofrecían. En las quiebras de las peñas y en el hueco de los árboles formaban su república las solícitas y discretas abejas, ofreciendo a cualquier mano sin interés alguno, la fértil cosecha de su dulcísimo trabajo. Los valientes alcorques despedían de sí, sin otro artificio que el de su cortesía, sus anchas y livianas cortezas, con que se comenzaron a cubrir las casas, sobre rústicas estacas sustentadas, no más que para la defensa de las inclemencias del cielo. Todo era paz entonces, todo amistad, todo concordia; aún no se había atrevido la pesada reja del corvo arado a abrir ni visitar las entrañas piadosas de nuestra primera madre; que ella, sin ser forzada, ofrecía, por todas las partes de su fértil y espacioso reino, lo que pudiese hartar, sustentar y deleitar a los hijos que entonces la poseían...». Y añade, tras concluir la descripción de tan generoso momento: «... No había el fraude, el engaño ni la malicia mezclándose con la verdad y llaneza. La justicia se estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los del favor y los del interés, que tanto ahora la menoscaban, turban y persiguen. La Ley del encaje aún no se habrá asentado en el entendimiento, porque entonces no había que juzgar ni quien fuese juzgado...».

Viene muy a cuento este hermoso discurso de Don Quijote, que trae causa de una tradición cultural anterior <sup>1</sup> y que desde luego se va a prolongar

---

<sup>1</sup> Así aparece en *De Rerum Natura*, de LUCRECIO, en el libro V, al narrar la vida de los primeros hombres: «... Lo que dieran el sol y las lluvias, lo que espontáneamente la tierra creara, era don suficiente para contentar sus corazones. Las más veces tomaban su sustento de las encinas cargadas de bellotas y los madroños que ves en el invierno, madurar y teñirse de púrpura, produciría la tierra más abundantes y mayores que ahora.

Muchos otros pastos creaba la entonces florida juventud del mundo, groseros, pero suficiente a los miseros mortales.

A aplacar la sed convidaban arroyos y fuentes como ahora el torrente, bajando de los altos montes invita de lejos con su claro ruido a los sedientos rebaños de fieras. Finalmente ocupaban las silvestres grutas de las ninfas, descubiertas en su vagar; sabían que de ellas se escurrían arroyuelos que con amplia corriente bañaban las húmedas rocas, goteantes de musgo brillante, y conocían las fuentes que brotan y surgen en el campo llano...» (libro V, 925 a 975) en la edición castellana del profesor EDUARDO VALENTI, ediciones Plena Mater, Barcelona, 1962; volumen segundo, pp. 107 y 108. Entre los contemporáneos se puede citar el capítulo XXX del libro primero de los *Ensayos de Montaigne*, «De los canibales», donde elogia al hombre natural, al hombre primitivo. La publicación de dos primeros libros de los *Ensayos* es de 1580; la completa con los tres libros es de 1588 y, como se sabe, la primera parte del *Quijote* es de enero de 1605 (aunque la licencia para la impresión es de 26 de septiembre de 1604). La segunda parte es de 1615. Un texto de Montaigne es significativo con semejanzas respecto a la filosofía que está presente en el texto de Cervantes.

«... No luchan por la conquista de nuevos territorios, pues gozan todavía de la fertilidad natural que les procura, sin trabajo ni fatigas cuanto les es preciso, y tan abundantemente que les sería inútil ensanchar sus límites naturales. Encuéntranse en la situación dichosa

con matices a partir de entonces. Varios son los datos que interesa resaltar: por un lado, que esa edad de oro es un estado de abundancia, por otro que esa situación excluye dimensiones jurídicas inseparables de la idea del Derecho del mundo moderno, como la propiedad privada, la heterotutela del proceso y la misma idea de coacción o de fuerza; en tercer lugar, que era una forma de vida sin conflictos, y finalmente, que no existían actividades económicas ni productivas. Se puede afirmar que es un estado natural, no formalizado, es decir, donde el Derecho no es necesario. Siglos más tarde la descripción de Rousseau en su discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres coincidirá en la idea de un estado de naturaleza, donde ni la desigualdad, ni las pasiones violentas, ni la escasez existen, aunque hará una descripción más realista y menos idílica que la de Cervantes. En todo caso, ni las relaciones sociales o económicas ni el Derecho estaban presentes.

«... Como no había entre ellos ningún tipo de comercio, no conocían por consiguiente ni la vanidad, ni la consideración, ni la estima ni el desprecio; carecían de la más mínima noción de lo tuyo y lo mío, ni ninguna idea cierta de la justicia...»<sup>2</sup>. Otro contemporáneo de Rousseau, Mably, en un debate con los fisiócratas, dirá en el mismo sentido «...Siempre que he leído en los viajeros la descripción de alguna isla desierta, cuyo cielo es sereno y las aguas salubres, he sentido deseos de ir para establecer una república, donde todos iguales, todos ricos, todos pobres, todos libres, todos hermanos, nuestra primera ley sería no poseer nada en propiedad...»<sup>3</sup>. Ciertamente en Mably no se distingue netamente entre estado de naturaleza y de sociedad, ni tampoco se excluye tan tajantemente el Derecho, pero sí se arranca de una sociedad natural —una isla desierta— para construir una sociedad justa, que se identifica con una sociedad de iguales, libres y hermanos<sup>4</sup>. Hay una coincidencia, desde plurales visiones más literarias o más filosóficas, en que una sociedad ideal de abundancia, donde la naturaleza ofrece medios suficientes

---

de no codiciar sino aquello que sus naturales necesidades les ordenan; todo lo que a éstas sobrepasa es superfluo para ellos...» (Vid. el texto en la edición castellana de RICARDO SAENZ HEYES, Aguilar, Madrid, Buenos Aires, México, 1962; tomo I, p. 220.)

<sup>2</sup> «Discours sur l'Origine et le fondement de l'inégalité parmi les hommes» (traducción del autor). Original en Jean Jacques ROUSSEAU: *Oeuvres Complètes*, tomo III, Gallimard, Paris, 1964; pp. 109 y ss. La cita está en p. 157.

<sup>3</sup> *Des Droits et des Devoirs des Citoyens*, edición crítica de Louis Leclerc, Lib. Marcel Didier, Paris, 1972, p. 111.

<sup>4</sup> Otro antecedente de esta sociedad natural, donde se perfila el mito del buen salvaje, que suele acompañar a esta idea del Estado de naturaleza, está en el capítulo sobre los canibales de los *Essais*, de Montaigne, ya señalado.

para subsistir, no necesita apropiación individual de los bienes y reina la libertad, la igualdad y la fraternidad, que serán los objetivos morales y políticos de la Ilustración, y que plasmarán en la divisa de la Revolución Francesa.

Es un modelo antropológico optimista, frente al que representan los pesimistas —o realistas para algunos— como Hobbes <sup>5</sup>, y en cierto sentido, matizado también, Pufendorf <sup>6</sup> y otros iusnaturalistas racionalistas. Sin embargo, estos dos modelos contrapuestos sobre el estado de naturaleza llegarán por distintas vías, y no siempre desde posiciones intelectuales contractualistas, a la necesidad del Derecho, lo que supone, a mi juicio, al mismo tiempo la necesidad de la moral y de la política.

Estos últimos consideran que es la sociedad jurídicamente organizada la única forma de superar la violencia, el estado de guerra de todos contra todos y consiguientemente la inseguridad que deriva de esa situación.

Para este grupo de autores la razón que justifica la existencia del Derecho será la lucha por la paz y así el valor moral supremo de las sociedades civiles jurídicamente organizadas será la seguridad <sup>7</sup>.

Para los primeros, los que parten de la utopía de una edad natural, pacífica y con medios abundantes, se llega al Derecho desde la consideración de la propia inviabilidad real de sus sueños. Quizá Hume presente el modelo más claro de esos vericuetos intelectuales que llevan desde el ideal de la abundancia a la realidad de la escasez moderada, y desde ésta a la necesidad del Derecho.

Su *Investigación sobre los principios de la moral*, aparecida en 1751, contiene en su sección tercera, «De la Justicia», el argumento clave para este punto de vista.

---

<sup>5</sup> Vid. la descripción del estado de naturaleza que hace este autor en el *Leviatán*.

<sup>6</sup> Así dirá PUFENDORF: «En el Estado de naturaleza sólo se encuentran pasiones que reinan en libertad, guerras, temores, pobreza, soledad, horror, barbarie, ignorancia, ferocidad...» Vid. *Des Devoirs de l'homme et du Citoyen*, traducido del latín por Jean BARBEYRAC, Centro de Filosofía Política y Jurídica de la Universidad de Caen (1984), que reproduce la edición de Jean Nourse-Londres, 1741; tomo II, p. 10 (traducción del autor).

<sup>7</sup> PUFENDORF en *Les Devoirs de l'homme et du Citoyen*, citada, lo dirá contundentemente. «Concluyo que la verdadera y la principal razón por la cual los antiguos padres de familia renuncian a la independencia del estado de naturaleza para establecer las sociedades civiles es que querían ponerse a cubierto de los males que pueden temer, los unos de los otros...», y añade para dejar claro el tema que el orden de los gobiernos civiles ha procurado a los hombres más seguridad contra los efectos de su malicia ordinaria de la que podían tener en su Estado primitivo de independencia (el texto literal y el resumen que acabamos de presentar están en pp. 55 y 56). En cuanto a HOBBS, es conocida su tesis de que la primera ley natural, en su peculiar visión de este tema, es conseguir en la vida social la paz y la seguridad para acabar la guerra de todos contra todos (*Vid. Leviatán*.)

«Supongamos que la naturaleza ha dotado a la raza humana con tal pródiga abundancia de todas las comodidades externas que, sin ninguna incertidumbre respecto a las eventualidades, sin ninguna preocupación o industria por parte nuestra, todo individuo se encontrase completamente provisto de todo lo que su apetito más voraz pueda necesitar, o de todo lo que su lujuriosa imaginación quiera o desee. Supongamos que su belleza natural sobrepasara todos los ornamentos artificiosos: la perpetua clemencia de todas las estaciones haría inútiles todos los vestidos o ropas; la hierba cruda le proporcionaría el alimento más delicioso; fuentes limpidas la bebida más rica. No se requiere ninguna ocupación trabajosa, ni labranza, ni navegación. Música, poesía y contemplación constituyen sus únicas ocupaciones: conversación, goce y amistad, su única diversión». Ante esta descripción de lo que llama «un estado tal de felicidad», aunque las virtudes sociales florezcan, no serán necesaria la virtud de la justicia, el Derecho diríamos nosotros utilizando un lenguaje más actual.

«¿Qué objeto tendría hacer un reparto de bienes donde cada uno tiene ya más de lo necesario? ¿Por qué habría de surgir la propiedad donde no fuera posible ningún daño? ¿Por qué llamar mío a este objeto, cuando en caso de poseerlo otro me bastaría extender la mano para poseer yo mismo lo que es igual de valioso? En este caso, la justicia, al resultar totalmente inútil, constituiría un vano ceremonial y posiblemente nunca llegaría a tener un sitio en el catálogo de las virtudes...»<sup>8</sup>.

Reconocerá Hume que tanto la poética o literaria edad de oro, descrita por Cervantes, como el filosófico estado de naturaleza, se contraponen a «la presente condición de necesidad del ser humano...»<sup>9</sup>, son ficciones y duda de que hayan existido nunca<sup>10</sup>. Igualmente es imaginaria una situación de emergencia donde la «sociedad cae en una carencia tal de todo lo necesario corrientemente, que ni la frugalidad y la industriiosidad más extremas pueden impedir que perezca la mayor parte, ni evitar la mayor miseria del conjunto; creo que se admitirá fácilmente que, ante una emergencia tan apremiante,

---

<sup>8</sup> Vid. «Una investigación sobre los principios de la moral», en HUME: *De la moral y otros ensayos*, prólogo, traducción y notas del profesor Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982; pp. 20 y 21.

<sup>9</sup> *Obra citada*, p. 21.

<sup>10</sup> De todas formas, el estado de naturaleza en el que piensa Hume no es el de Rousseau (posterior en su descripción en el *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad*, que es de 1755, a la obra de Hume), sino en el Hobbes y por eso lo califica como «un estado de guerra y de violencias mutuas acompañadas de la necesidad más extremosa» (HUME: *Obra citada*, p. 28).

quedarán suspendidas las reglas estrictas de justicia y dejarán sitio a los motivos más fuertes de necesidad y autoconservación...» <sup>11</sup>.

Para Hume, la edad de oro que describe haría innecesaria la justicia, que sería la faceta ética de esas otras dos realidades inseparables que son el Derecho y la política. En esa otra situación antitética de carencia total, «el Derecho y la política serían con la justicia imposibles. La abundancia extrema o extrema necesidad; al hacer la justicia totalmente inútil se destruye totalmente su esencia y se suspende su obligación respecto a la humanidad...» <sup>12</sup>.

Sin embargo, este recorrido por algunos clásicos, y especialmente por esta excelente reflexión sobre la justicia de Hume, nos lleva a la conclusión de que esos dos paradigmas, el de la abundancia y el de la escasez extremas, son construcciones racionales, modelos teóricos para argumentar. El primero no es una utopía porque no se trata de una verdad prematura, aunque Marx pretende presentarla así en la *Crítica del Programa de Gotha*, al anunciar que cuando corran a chorros llenos los manantiales de la riqueza colectiva se acabará con los estrechos horizontes del Derecho burgués <sup>13</sup>. Aquí el paraíso no será un punto de partida, sino un punto de llegada, pero tendrá el elemento común de que no será necesario el Derecho.

El segundo no pretende ser una profecía catastrófica, sino que es una forma de argumentar «a contrario» para llegar a «la situación común de sociedad...» que para Hume «consiste en un término medio entre todos esos extremos» <sup>14</sup>, que lleva a «la necesidad de justicia para sostener la sociedad...» <sup>15</sup>.

En este primer paso de nuestro recorrido podemos concluir, dejando aparte ahora otros flecos que se desprenderían de la lectura del rico pasaje de Hume y de los demás autores, que una de las razones de la necesidad

<sup>11</sup> *Obra citada*, p. 24.

<sup>12</sup> *Obra citada*, p. 26.

<sup>13</sup> *Vid. MARX: Crítica del Programa de Gotha*.

<sup>14</sup> *Obra citada*, p. 27.

<sup>15</sup> *Obra citada*, p. 48. Por cierto que, también en Hume la razón que justifica la existencia del Derecho es la paz y la seguridad, según se desprende de la lectura de esa sección tercera, por lo que se puede confirmar la hipótesis de que la edad de oro para Hume es sólo un instrumento de la argumentación. Rousseau, para quien era más que eso, un paradigma de justicia, consecuente con ese criterio, establecerá como valores que justifican la existencia del Derecho no la paz, sino la libertad y la igualdad. Se podría así entender que las visiones pesimistas del estado de naturaleza, Hobbes, como hemos señalado sitúa como primer objetivo del Derecho —la realización de la paz y la seguridad, y que las visiones más optimistas que coinciden con la idea de la edad de oro, establecer como fines del Derecho, la realización posible de esa utopía optimista a través de la libertad y de la igualdad.

del Derecho deriva de esa escasez relativa de bienes, que exige unos criterios de reparto, que no son los que derivan de las reglas de la economía, sino que suponen razones morales que, en nuestra visión del Derecho, son asumidas por el poder y trasladadas a la organización de la vida social que lo jurídico supone. Es claro que Hume no utiliza, ni necesita una argumentación contractualista, pero es también evidente que este tipo de escasez puede ser un elemento integrable en las posiciones del pacto social.

Esta será por ejemplo la posición de Leibniz, que utilizará varios argumentos, entre ellos el de la escasez para justificar la necesidad del contrato que explica la aparición del Estado y su Derecho. Así, en la *Meditación sobre la noción común de justicia*, dirá lo siguiente:

«Cada uno tenía derecho sobre todo, pudiendo apoderarse, sin cometer ninguna injusticia, de lo que pertenecía a su vecino, si lo consideraba oportuno. Pues entonces no había ni seguridad ni juez, y uno tenía el derecho de protegerse contra aquellos de los que cabía temer cualquier cosa. Pero como este rudo estado de naturaleza era *un estado miserable* (la cursiva es mía), los hombres acordaron un medio de garantizarse su seguridad al traspasar su derecho de juzgar a la persona del Estado representado por un solo individuo o por una asamblea...» <sup>16</sup>.

La escasez de bienes es una razón que justifica la existencia del Derecho, aunque no sea la única tampoco para Hume que añade al menos una segunda vinculada al egoísmo o a la generosidad limitada, es decir, a los rasgos del carácter de los seres humanos <sup>17</sup>.

Si en la distinción que hacemos desde el normativismo corregido en el que metodológicamente me sitúo, entre validez, eficacia y justicia del Derecho, la primera supone existencia del Derecho, podemos decir que la escasez es una de las razones que justifican la existencia del Derecho válido. En la misma línea, cuando Hart, en lo que llama contenido mínimo de Derecho natural, suministra argumentos para justificar la existencia del Derecho, se referirá a la escasez.

«Es una mera contingencia que los seres humanos necesitan alimentos, ropa y resguardo, y que estas cosas no están disponibles en abundancia ilimitada, sino que son escasas...». Por eso, dirá Hart, es necesaria una cierta

<sup>16</sup> El texto se encuentra en G. W. LEIBNIZ: *Escritos de filosofía jurídica y política*, edición preparada por Jaime de Salas Ortueta, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp. 81 y ss. La cita está en p. 99.

<sup>17</sup> *Vid.* en la misma sección tercera, sobre la justicia, estos argumentos en p. 22 (edición citada).

forma de propiedad, aunque no necesariamente de propiedad privada y también las normas jurídicas que la protegen <sup>18</sup>. La escasez, el reparto correcto de los bienes, la organización de éstos y su relación con los ciudadanos, y la corrección del desorden a que llevaría una lucha libre por la existencia sin heterotutela de un tercero imparcial lleva hasta el Derecho, como remedio y solución para todos esos problemas.

## II. La escasez y los derechos fundamentales

La escasez, aunque es un término fundamentalmente económico <sup>19</sup>, que se identifica como «pobreza o falta de lo necesario para subsistir» <sup>20</sup>, es relevante, como hemos visto, para explicar la necesidad del reparto y de la administración de bienes por un poder diferente del de cada uno de los miembros de la sociedad. Es una de las justificaciones posibles de la aparición del poder y del Derecho, siempre que no sea una escasez radical, una carencia absoluta de todo lo necesario, que frustraría, como muy bien describe Hume, la existencia y la eficacia del Derecho. Frente a las tendencias a la autonomía absoluta de lo económico, esta vinculación de la escasez, con el Derecho y con la justicia, con criterios éticos y de equidad en los repartos y con la misma existencia del orden social y de la seguridad jurídica, sin devolvernos a la vieja edad de la economía moral, dominada por la teología y por la ética autoritaria de la Iglesia Católica, definitivamente enterrada por Adam Smith <sup>21</sup>, está produciendo una conciencia de que los criterios

---

<sup>18</sup> Vid. *El concepto del Derecho*, edición castellana de Genaro Carrió, Editora Nacional, México, 1990, p. 242.

<sup>19</sup> En su clásica obra *Economía y sociedad*, Max WEBER considera que la actitud específica de lo económico es la «... escasez de medios en relación con lo que se apetece...», edición castellana de Johannes Winckelmann, con nota preliminar del profesor Medina Echavarría, Fondo de Cultura Económica, México, 1944, primera reimpresión de la segunda edición, 1969, tomo I, p. 274.

<sup>20</sup> Vid. *Diccionario de la Real Academia*, edición de 1984, tomo I, p. 579. En el *Diccionario de Uso del Español*, de María Moliner, se define a la escasez como cualidad o situación de escaso (insuficiente). Pobreza: Situación del que no tiene lo necesario para vivir; privaciones que se sufren por falta de medios económicos (Gredos, Madrid, primera edición, 1966, edición de 1990, 1178).

<sup>21</sup> Vid. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, edición castellana, edición de EDWIN CANNAN, traducción y estudio preliminar de Gabriel Franco; introducción de Max Lerner, Fondo de Cultura Económica, México, 1.<sup>a</sup> edición, 1958; sexta reimpresión 1990. Por cierto, que también partirá de la dialéctica escasez-abundancia, vinculada a la aptitud y destreza de los que ejercitan el trabajo y por la proporción entre éstos y quienes no realizan una labor útil (pp. 3 y ss.).



técnico-económicos no son suficientes para abordar estos problemas. Desde el intento de Weber sobre la ética protestante y el espíritu del capitalismo <sup>22</sup> hasta los esfuerzos de Sen por investigar las dimensiones éticas de la economía, encontramos propuestas para abrirla desde los fines de búsqueda de la riqueza y de la producción a otros fines superiores vinculados al desarrollo de la autonomía y de la independencia humanas <sup>23</sup>.

Así y volviendo a nuestro tema concreto, la escasez amplía su incidencia sobre lo jurídico, extendiéndola a dimensiones no sólo de validez, es decir, de justificación de la existencia misma del Derecho (siempre que hablo de Derecho me refiero al Derecho positivo), sino de justicia y de eficacia.

Estas dos perspectivas de la justicia y de la eficacia del Derecho ya están presentes en la reflexión de Hume, puesto que el Derecho surgirá frente a la escasez para repartir, además de para asegurar la paz frente a los que quisieran hacer suyos, por la fuerza, a esos bienes escasos, y el reparto adecuado, es una de las facetas de la justicia, llamada, desde Aristóteles distributiva. Por otro lado, esa escasez radical que describe como opuesta a la situación de abundancia de la edad de oro, al hacer imposible la existencia del Derecho, se plantea realmente como un límite a su eficacia.

Sin embargo, no se agota a mi parecer el tema de la escasez vinculada al Derecho objetivo, con estas observaciones que afectan a su validez, a su eficacia y a su justicia. Probablemente, como veremos, serán igual o más interesantes las reflexiones posibles que se han hecho desde el punto de vista subjetivo, desde los derechos y concretamente desde los derechos humanos.

Es conocida la hipótesis que Weber establece para justificar la aparición en general de los derechos subjetivos en relación con la propiedad territorial: «La facultad de disposición sobre ciertas áreas de terreno aprovechable empezó a constituir uno de los fundamentos más importantes de toda agrupación conforme aumentaba la escasez de medios de vida...» <sup>24</sup>. Sin embargo, mis observaciones van a dirigirse a otras dos situaciones diferentes que plantean la relación de la escasez con los derechos fundamentales con problemas más vivos y con repercusiones que se prolongan hacia su evolución futura. Así, por una parte, la escasez es utilizada como argumento para limitar la

<sup>22</sup> Vid. «Die protestantische Ethik und der Geist der Kapitalismus», en *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Mohr, Tübingen, 1922.

<sup>23</sup> Entre otras obras, vid. SEN como significativa en este tema, *On Ethics and Economics*, Blackwell, Oxford, 1987.

<sup>24</sup> *Economía y sociedad*, citada, tomo I, p. 540.

## ESCASEZ Y DERECHOS HUMANOS

expansión de los derechos fundamentales y mantenerlos en los límites de la concepción clásica liberal democrática. Aquí proporciona argumentos para determinadas ideas sobre la justicia y sobre el papel del Derecho, a través de los derechos fundamentales para corregir desigualdades. Es una utilización de la escasez, sinónimo aquí de pobreza, en el ámbito del Derecho justo.

Por otra parte, la escasez aparece no ya en el ámbito de las argumentaciones racionales, sino en el de los hechos, en el de la realidad, como límite o barrera a la existencia de determinados derechos fundamentales. No estamos en el ámbito de la validez, ni en el de la justicia, sino en el de la eficacia del Derecho, en el supuesto concreto de los derechos fundamentales. Sería una aplicación referida a algunas situaciones concretas donde se dilucida, el ser o no ser en la realidad, de algunas pretensiones morales que se propugnan para ser construidas como derechos fundamentales, de la hipótesis general planteada por Hume de una escasez radical y estructural. Así como esta situación general es poco plausible, y desmentida, con matices, por la experiencia histórica, la existencia de realidades escasas estables y profundas que afectan a algunas propuestas de derechos fundamentales y que pueden impedir la construcción jurídica de ideales morales, parece más próxima y posible.

Finalmente, en estas observaciones generales sobre el tema, es necesario concretar que estos problemas que relacionan escasez y derechos fundamentales se centran en el ámbito de los derechos económicos sociales y culturales y que no afectan directamente ni a los derechos individuales, ni a los civiles y políticos, porque el problema se plantea en relación con las carencias de bienes de muchos individuos, aunque indirectamente esas carencias y esa insatisfacción puedan afectar a una utilización insuficiente o inadecuada de los derechos individuales, civiles y políticos, por falta de capacidad de sus titulares.

### **A) Escasez y derechos fundamentales, un problema de justicia**

La cuestión central que aquí se plantea es si la escasez de bienes, o dicho de otra manera las necesidades sin satisfacer, las carencias de muchas personas, se pueden resolver con la intervención del Derecho en forma de derechos fundamentales o no. Si las razones clásicas para que la escasez dé lugar a la aparición del Derecho como forma de distribución, para evitar violencia y generar seguridad, se puede extender a funciones de redistribución, sustituyendo al individuo, para proporcionarle desde fuera, a través del Dere-

cho, instrumentos para salir de esas carencias con la satisfacción de necesidades básicas, radicales, de mantenimiento o de mejora <sup>25</sup>.

La posición afirmativa, que aparece como reacción a una corriente contraria, que arranca en los orígenes de la economía política y que se mantiene pujante hasta hoy, sostiene que esa escasez y esas carencias suponen:

1) Un impedimento para que las personas que se encuentran en esa situación desarrollen plenamente los elementos que constituyen la condición humana, capacidad del uso de la razón construyendo conceptos generales, capacidad de elección para decidir libremente sus planes de vida y concretar sus ideas sobre el bien o sobre la virtud, su capacidad comunicativa para entablar un diálogo con los otros y para la transmisión oral o escrita de su propia semilla de creación.

2) Un impedimento para que puedan usar en plenitud sus libertades individuales y sus derechos civiles y políticos, y ser por consiguiente unos ciudadanos que participen de la vida en común y capaces de entender en todas sus dimensiones el interés general.

Para afrontar esos problemas se construye el modelo político del Estado social y se amplían las funciones del Derecho en una nueva función promocional, que genera obligaciones positivas generales especialmente, pero no exclusivamente de los poderes públicos. En mi trabajo *Humanismo y solidaridad como valores de una sociedad avanzada* he indicado algunos rasgos de la formación histórica de esas ideas <sup>26</sup>.

Aquí sólo me importa señalar cómo, frente a la ofensiva de planteamientos económicos capitalistas y de planteamientos políticos ultraliberales, con gran comunicación ideológica entre ambos sectores del pensamiento económico actual, se ha planteado el tema trascendiendo una argumentación interna aséptica y técnica para vincularlo con reflexiones éticas, políticas y jurídicas. Así el movimiento unidireccional e invasor de la economía hacia el Derecho, la ética y la política, se compensa por una presión contraria,

---

<sup>25</sup> Vid. mi obra *Curso de Derechos Fundamentales*, tomo I, Eudema, Madrid, 1991. Otra reciente respuesta que cree que «tras los derechos sociales... es posible encontrar exigencias que deben ser satisfechas, aun cuando con ello no se maximice la utilidad general, entendida como simple incremento de la riqueza...» la encontramos en el trabajo de Luis PRIETO: *Notas sobre el bienestar*, en *Doxa*, «Cuadernos de Filosofía del Derecho», núm. 9, Alicante, 1991, pp. 157 y ss. (la cita en p. 165). En ese sentido concluirá que «... el bienestar social no es una función del volumen de riqueza, sino un exponente del modelo de justicia...» (p. 168).

<sup>26</sup> Vid. *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

frente a argumentos exclusivamente economicistas. Estamos ante la reacción de los que en la economía creen que no somos sólo seres que competimos en la esfera del mercado, sino seres que cooperamos como miembros iguales de una comunidad política. No se trata aquí de hacer un análisis exhaustivo de esta nueva faz de la economía, sino de ofrecer el modelo quizá más representativo, me refiero a las posiciones de A. Sen.

No es nuevo lo que dice, lo nuevo es que se diga desde la economía rectificando toda una corriente de razonamiento autosuficiente, que se mantiene en sectores de la doctrina, y que se realiza como *vulgata* en gestores políticos de la economía. Acentuará Sen la idea de libertad positiva, como inseparable de la libertad negativa, lo que me parece un punto de partida imprescindible para un uso de los derechos fundamentales como elementos rectificadores de la desigualdad, de la escasez y de la pobreza y que yo he constituido también en elemento central de mi teoría de la justicia desde los valores y los derechos fundamentales. Otro punto de vista del profesor Sen, que convierte en relevante su pensamiento, es que la causa de su reflexión está en el hecho de la pobreza y que considera que la intervención del Derecho para conseguir una igualdad en la capacidad básica, aunque no esconde la dificultad de «establecer un índice de los grupos de capacidades básicas...»<sup>27</sup>. Esta libertad positiva y su consecución de la igualdad en la capacidad básica se conecta con la idea de funcionamiento de una persona (*human functionings*), con dimensiones más elementales como la correcta nutrición, la buena salud, la vivienda decente y otras más espirituales como la instrucción adecuada, el estar socialmente integrados, etc. Desde ahí se llega a la libertad de optar entre diversos tipos de vida, ya que en eso consiste, según Sen, la capacidad de una persona<sup>28</sup>.

El paso significativo, que es lo que interesa en esta reflexión sobre escasez y derechos humanos, es que aparecen desde la perspectiva económica aliados para la libertad positiva y para el Estado social, legitimando los derechos económicos y sociales como cauce de esa libertad positiva, desde una reflexión ética de la economía, que se separará de los fines autistas de la creación

<sup>27</sup> «¿Igualdad de qué?», conferencia pronunciada en la Universidad de Straford el 27 de mayo de 1979, en las «Tanner Lectures» sobre filosofía moral, en *Libertad, Igualdad y Derecho*, edición de S. M. Mc. Murrin, Ariel, Barcelona, 1988. La referencia en la p. 153.

<sup>28</sup> Vid. el discurso de A. K. SEN al serle conferido en su segunda edición el Premio Internacional Senatore Giovanni Agnelli «Libertà individuale como un impegno Sociale», Torino Lingotto, 5 de marzo de 1990. Vid. asimismo «Diritti personali e capacità» en la edición italiana *Risorse valori e sviluppo* (original inglés *Resources, Values and Development*, en Blackwell, Oxford, 1984). Bollati Boringhieri, Turin, 1992, pp. 122 y ss.

de riqueza, como fines exclusivos, para abrirse a otros fines de independencia o autonomía moral del hombre. A esos efectos la escasez se convierte en motivo de acción para resolver necesidades básicas a través de los derechos.

En las antípodas de este punto de vista una corriente que arranca de los orígenes de la Economía política, aunque no me atrevería a decir que, al menos plena y conscientemente, de Adam Smith, parte de la escasez, para mantener la imposibilidad de una intervención del Derecho, a través de derechos económicos sociales y culturales para remediar la desigualdad de hecho que la escasez de bienes produce.

El ejemplo más palmario de esa posición en sus orígenes está en la obra de Malthus, *Ensayo sobre el principio de la población*, y no sólo en su famosa parábola sobre el banquete, que sólo apareció en la segunda edición de la obra <sup>29</sup>, sino en los planteamientos generales de la misma. Se puede decir que la terrible filosofía que se desprende de esa parábola se encuentra dispersa en todos los capítulos del libro. Por señalar un texto ejemplar sobre el pensamiento del autor que rechaza que la escasez sea un dato que exige una acción positiva del Derecho, y que el pobre, el que carece de medios, no debe ser ayudado, ponemos como ejemplo éste:

«... Hasta que se hayan rectificado estas ideas erróneas y se haya entendido el lenguaje de la naturaleza y de la razón..., no se podrá decir que se ha

---

<sup>29</sup> Aparece en la edición de Londres de 1903, que es reimpresión de la segunda edición en la p. 531 (cita tomada de G. HIMMERFARB: *La idea de la pobreza*, edición castellana del Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 146).

«Un hombre que nace en un mundo que ya tiene dueño si no puede obtener el alimento de sus padres, a los que tiene derecho a pedirlo, y si la sociedad rechaza su trabajo, no tiene derecho a reclamar ni una pequeña parte de los alimentos, y de hecho, no tiene derecho a permanecer donde se encuentra. En el gran banquete de la naturaleza no hay un lugar reservado para él. Ella le dice que se marche, y rápidamente ejecutará su orden, si él no despierta la compasión de algunos invitados. Si algunos invitados se levantan y le hacen lugar, otros intrusos de inmediato aparecen exigiendo el mismo favor. La noticia de que hay comida para todos los que lleguen llenará la sala de numerosos pediguños. El orden y armonía del banquete se ven perturbados, la abundancia que antes reinaba se transforma en escasez y la felicidad de los invitados se ve destruida por el espectáculo de la miseria y la dependencia que reina en todas partes de la sala, y por el clamor inoportuno de los que están justamente furiosos, por no encontrar los alimentos que les habían prometido. Los invitados se dan cuenta demasiado tarde de su error, al desobedecer las órdenes estrictas para todos los intrusos que dio la gran anfitriona de ese banquete, la que deseando que todos sus invitados tuvieran comida abundante y sabiendo que no podría ofrecerla para un número ilimitado, humanitariamente, se negó a admitir a los recién llegados, cuando su mesa ya estaba ocupada...». Se puede deducir de este texto que Malthus niega el derecho a la vida a esas personas, o por lo menos que deben ser abandonadas a su suerte, sin que razones éticas cambien lo que para él no es un hecho, la escasez, carencia de medios y la pobreza, sino un criterio de justicia derivado de la naturaleza.

## ■ ESCASEZ Y DERECHOS HUMANOS

tratado de iluminar la razón del pueblo. Para acusarle con derecho, es preciso instruirle antes. Podremos quejarnos de su imprevisión y de su pereza, si continúa obrando como hasta aquí, después de que se le haya demostrado que él mismo es la causa de su pobreza; que el remedio depende de él y sólo de él; *que la sociedad y el gobierno que la dirige, nada pueden hacer...*» (la cursiva es mía) <sup>30</sup>. De ahí sacará las consecuencias para su idea de sociedad justa:

«Un Estado en que la desigualdad de condiciones ofrece a la buena conducta una recompensa natural e inspira a todos la esperanza de elevarse o el temor de decaer es sin contradicción el más propio para desarrollar las facultades del hombre y la energía de carácter para ejercer y perfeccionar su virtud. La Historia atestigua que en todos los casos en que se ha establecido la igualdad, la falta de estímulo ha amortiguado y abatido toda especie de carácter y de emulación social» <sup>31</sup>.

Así pasamos desde la escasez como incentivo para una acción correctora hasta la escasez como hecho inamovible, e incluso como una razón para la virtud. Para los que pueden alcanzar esa meta moral es sin duda un buen modelo, para los condenados a la marginación es difícil de aceptar.

En todo caso, no es un recorrido histórico el que aquí interesa, sino una caracterización del modelo que vamos a usar con dos ejemplos, en el siglo XIX Tocqueville y Hayek, y Nozick en el XX, que ponen de relieve, con los matices y los cambios, su persistencia.

Entre los trabajos de Tocqueville su *Memoir sur le pauperisme*, de 1835, para la Sociedad Académica de Cherburgo <sup>32</sup>, plantea esta misma perspectiva de rechazar la acción positiva de los poderes públicos para luchar contra la escasez.

«Toda medida que funde la caridad legal sobre una base permanente y que le dé una forma administrativa, crea una clase ociosa y perezosa, que vive a costa de la clase industrial y que trabaja. Ese es, si no su resultado inmediato, sí al menos su consecuencia inevitable... Si se estudia de cerca el estado de las poblaciones donde una tal legislación está desde hace largo tiempo en vigor, se descubrirá fácilmente que sus efectos actúan de una

<sup>30</sup> Vid. el texto en la edición castellana del profesor Moral Santin en Akal, Madrid, 1990, p. 480.

<sup>31</sup> *Obra citada*, p. 398.

<sup>32</sup> Publicada en *Oeuvres Complètes*, tomo XVI, «Melanges», edición de François Melonio Gallimard, Paris, 1989.

forma igualmente negativa sobre la moralidad y sobre la prosperidad pública, y que deprava a los hombres al tiempo que los empobrece...»

Por eso añadirá tajantemente que «... el derecho que el pobre tiene a obtener el socorro de la sociedad tiene ésto de particular, que en lugar de elevar el espíritu del hombre que lo ejerce, lo degrada...»<sup>33</sup>.

Es un rechazo de la idea que fundamentará al Estado social y a los derechos económicos y sociales, aunque planteada de una manera más elegante, y menos hiriente que en Malthus.

En nuestros días, Hayek o Nozick son representativos del rechazo de la acción positiva para corregir la escasez y las carencias de muchos. Así el primero, que señala las razones de la decadencia del racionalismo, plantea el tema desde dimensiones de justicia, con posturas muy críticas para la justicia distributiva.

«Este conflicto entre el ideal de libertad y la aspiración de corregir la distribución de las rentas, con el fin de hacerla más justa, no aparece por lo general constatado con claridad. Ahora bien, en la vida real acontece que cuantos ansian ver implantada la justicia distributiva, han de enfrentarse con los obstáculos que el imperio de la ley forzosamente ha de oponer; tal circunstancia indúceles a dar un mayor impulso a toda acción discriminatoria y a otorgar facultades discrecionales a los funcionarios, medidas que concuerdan de modo perfecto con la finalidad por ellos perseguida...». Así concluirá que «... es imposible alcanzar la justicia distributiva en tanto que opuesta a la conmutativa...»<sup>34</sup>. Por consiguiente, los intentos de rectificar las carencias desde lo que él llama «actividades benefactoras de los gobiernos»<sup>35</sup> son amenazas para la libertad y, por consiguiente, acciones injustas. La escasez no es fundamento para una acción moral de redistribución a través del Derecho. Ante ella sólo cabe la lucha individual, es la versión civilizada de la lucha por la existencia de las especies. No en vano Darwin había partido de Malthus, como inspirador de su obra.

En Nozick, para fundamentar como único Estado moralmente justificado el Estado mínimo, uno de los puntos centrales es la descalificación de la teoría de la justicia que pretende redistribuir la escasez con el instrumento de los derechos económicos, sociales y culturales. Así rechazará también

<sup>33</sup> Obra y edición citadas, pp. 130 y 131. De todas formas, hay que matizar, puesto que Tocqueville no es un liberal conservador, a mi juicio, como lo son Hayek, y objetivamente Nozick.

<sup>34</sup> HAYEK: *Los fundamentos de la libertad*, edición castellana en Unión Editorial, 4.ª ed., Madrid, 1982, pp. 318 y 319.

<sup>35</sup> Obra citada, p. 352.

el concepto de justicia distributiva, contrario a su idea central del derecho de propiedad: «... En una sociedad libre, diversas personas controlan recursos diferentes y nuevas propiedades nacen de los intercambios voluntarios y de las acciones de las personas. No hay una distribución de partes más que cuando se trata de una distribución de iguales en una sociedad en la que las personas eligen con quién vincularse...»<sup>36</sup>. No puede el poder del Estado sustraer a los ciudadanos lo que han producido con su trabajo o con la propiedad para la que tienen justo título para entregarlo a otros que han elegido no hacer el esfuerzo. Así dirá tajantemente que «... la redistribución es una tarea verdaderamente importante que implica la violación de derechos de las personas»<sup>37</sup>. En efecto, la redistribución de bienes para solventar las carencias es un comportamiento injusto, o dicho de otra forma, la escasez no puede ser base para acciones de justicia porque «... los principios establecidos por la justicia distributiva implican la apropiación de las acciones de otras personas...»<sup>38</sup>. Así el Estado mínimo, surgido de la teoría de la mano invisible, no estará habilitado para intervenir en la satisfacción de necesidades básicas que permitan el funcionamiento de todos como personas.

La escasez ha sido base de la argumentación para la explicación de la aparición del Derecho y esta primera reflexión se ha movido en el ámbito del Derecho válido, del Derecho que es. En segundo lugar ha aparecido como un hecho que genera reflexiones valorativas que fundamentan criterios morales para justificar una acción positiva a través de derechos que redistribuyan esos bienes escasos o, por el contrario, para deslegitimar esos procedimientos. Aquí la escasez, en relación con los derechos, se ha situado en el ámbito del Derecho justo, del Derecho que debe ser. Para finalizar, quedaría una última reflexión, en la dialéctica escasez-derechos fundamentales que se movería en el ámbito del Derecho eficaz, es decir del que puede o no puede ser en realidad.

## B) Escasez y derechos fundamentales, un problema de eficacia:

Esta cuestión no se plantea directamente para aquellos derechos individuales, civiles y políticos que crean un *status* protector para la libre acción de los particulares en el primer caso, o para la acción común y la participación

<sup>36</sup> Trabajo sobre la edición italiana «Anarchia, Stato e Utopia» de Monnier, F. Francia, 1981. La traducción del autor está en p. 159.

<sup>37</sup> *Obra citada*, p. 179.

<sup>38</sup> *Obra citada*, p. 183.



en las acciones colectivas. En esos ámbitos no hay escasez, no hay carencias económicas, y, sin embargo, como hemos visto, uno de los argumentos centrales en favor de la redistribución es que las personas que padecen la escasez y no tienen las necesidades básicas cubiertas carecen de la capacidad plena para usar y disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos. Este argumento es reconocido por los adversarios cuando sostienen que el derecho de propiedad es básico, aunque acepten que el hecho de la escasez impide la generalización de ésta, y aún mucho más cuando sostienen, desde Kant hasta los liberales doctrinarios, que sólo los propietarios, los que tienen un nivel de instrucción e incluso quienes no están obligados a vender su fuerza de trabajo, están capacitados como titulares de derechos.

Por mi parte, creo que la libertad, valor central y raíz de los derechos humanos, tiene tres dimensiones: protectora, participativa y promocional o prestacional. Las dos primeras justifican los derechos individuales, civiles y políticos y la tercera los derechos económico-sociales y culturales, que me parecen el instrumento adecuado para afrontar el tema de la escasez y la satisfacción de necesidades. Estos derechos son instrumento para capacitar a la persona para que pueda actuar, mientras que los otros dos grupos, permiten y protegen la actuación, pero no se incide sobre el funcionamiento de una persona. Los adversarios de estas tesis se mueven en una contradicción insuperable al sostener al mismo tiempo que todos los hombres nacen y permanecen libres en derechos y al negar las acciones positivas necesarias para convertir a esa afirmación en real y efectiva.

Sin embargo, hay un hecho cierto entre la maraña de argumentos utilizados por los enemigos de la justicia distributiva en forma de derechos, y es que en este ámbito sí son relevantes las condiciones económicas, o dicho de otra forma, son relevantes los medios y los instrumentos con contenidos económicos necesarios para llevar adelante muchos de esos derechos. Precisamente tienen como función canalizar la acción positiva de los poderes públicos para intervenir en la realidad económica redistribuyendo los medios escasos. Así la escasez se convierte de razón para que el Derecho exista, en posible causa de que algunos derechos no puedan existir en la realidad, no puedan ser eficaces. La posible paradoja de la escasez consistiría en que ese hecho que potencia la necesidad histórica del Derecho objetivo puede ser una razón central para la imposibilidad de algunos derechos.

¿En qué sentido es aquí relevante la escasez como límite de los derechos y qué repercusión tiene este problema en la teoría de los mismos?

Para poder responder correctamente a esta pregunta hay que partir del sentido que tienen los derechos fundamentales en el mundo moderno,

y que les diferencia del modelo medieval del privilegio. Su forma jurídica, en el nivel jerárquicamente superior del ordenamiento —Constitución o ley— tiene un contenido abstracto y unos destinatarios generales: son derechos del hombre y del ciudadano. Incluso cuando son derechos del hombre situado o concreto tienen igualmente destinatarios generales (aquellos que se encuentren en la situación contemplada por la norma: mujeres, niños, ancianos, minusválidos, consumidores, usuarios, etc.), y la razón de su protección es que se encuentran en una situación de inferioridad en la relación jurídica de que se trate. Incluso si la jurisprudencia constitucional crease, en su interpretación de la Constitución, un nuevo derecho o un nuevo fragmento de uno ya existente, se integraría en este punto de vista y sus destinatarios serían generales y sus contenidos abstractos. A ese criterio responde el planteamiento general que abre la Declaración Francesa de 1789 <sup>39</sup>, de que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales. Este punto de partida tiene consecuencias para el correcto entendimiento del problema.

En relación con los derechos individuales, civiles y políticos no cabe la discriminación por razones económicas y todos los hombres y los ciudadanos son titulares de esos derechos. En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, éstos sólo se podrán afirmar plenamente cuando situaciones de escasez o de carencia insalvables no impidan de hecho que el derecho afectado sea atribuible a todos, sin discriminación. En el primer supuesto el tema se plantea en el ámbito de la justicia y de la moralidad, porque sería injusto e inmoral que hechos económicos pudiesen ser alegados como argumentos de deber ser para excluir del ejercicio de derechos. En el segundo supuesto el problema se plantea en el ámbito de la eficacia, si la carencia impide que todos sean titulares. Ciertamente que esa carencia no frustraría que algunas de esas pretensiones subjetivas sean Derecho, pero sí que lo son en la categoría de los derechos fundamentales.

Este argumento sirve para todos aquellos derechos que reposen en la existencia de bienes, si la escasez impide que tengan el rasgo de la generalidad que caracteriza a los titulares de los mismos. Dicho de otra manera, cuando la realidad escasa haga imposible un contenido igualitario, es decir, accesible a todos, podemos estar en una categoría jurídica, de un derecho subjetivo, pero no en un derecho fundamental en cualquiera de sus formas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad).

El problema aparece, en primer lugar, en uno de los derechos fundamentales clásicos, pero que tiene un contenido económico central, aunque

---

<sup>39</sup> Vid. mi trabajo sobre este tema en *Derecho y derechos fundamentales*, ya citado.

cuando se hable de derechos económicos no se piense nunca en él, porque no es un derecho prestacional, sino un derecho individual que garantiza la protección de su titular. Me refiero obviamente al derecho de propiedad. En este caso incide centralmente la escasez de bienes y consiguientemente es imposible construirlo técnicamente como derecho fundamental. El poder económico y político de la clase de los propietarios llevó a ignorar esta condición y estas estipulaciones científicas, para construir contra toda razón, con argumentos débiles, e incluso cínicos en los fisiócratas, el derecho natural de los propietarios. Si los derechos se configuran como aquí los hemos definido, en una línea mayoritaria, incluso en el pensamiento liberal clásico, es indudable que la propiedad no puede ser eficaz para todos, y que es sólo una institución de Derecho privado pero no un derecho fundamental.

La teoría del título justo (mejor que válido) de Nozick, con su tesis sobre el principio de justicia en la adquisición y sobre el principio de justicia en la transferencia, y con la conclusión obvia de que nadie tiene derecho a la propiedad, si no lo hace con arreglo a los principios de justicia en la adquisición y en la transferencia <sup>40</sup>, no afronta, ni puede integrarse en el sentido de derechos fundamentales que aquí hemos estipulado, ni es posible que ninguna teoría de los *property rights* lo haga. La escasez será una barrera insalvable para la eficacia de la propiedad como derecho fundamental.

Y esta constatación nos lleva a una precisión que suscité en la pregunta con que iniciaba este apartado: ¿tiene repercusión este problema en la teoría de los derechos fundamentales? A mi juicio, sí la tiene, relación con la que llamé desde 1973, fecha de mi primer libro sobre el tema <sup>41</sup>, la teoría dualista que construirá los derechos desde la dimensión de la moralidad o la justicia, lo que llamaba filosofía de los derechos fundamentales, y desde la legalidad o validez de los mismos, que llamaba derecho positivo de los derechos fundamentales. La confrontación con la problemática de la escasez pone de relieve la necesidad de completar ese análisis, desde la eficacia. Así una pretensión moral (justicia), a mi juicio, para ser plenamente un derecho fundamental, tiene que ser susceptible de incorporarse a las categorías técnicas del Derecho positivo, derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad (validez) y ser posible en la realidad (eficacia). Probablemente la escasez sea uno de los obstáculos más grandes a la eficacia de los derechos.

Incluso, el argumento tradicional de los partidarios de los derechos económicos y sociales, de la libertad positiva, de que las necesidades no

<sup>40</sup> Vid. obra citada, p. 160.

<sup>41</sup> *Derechos fundamentales. Teoría general*, Guadiana, Madrid, 1973

satisfechas, las carencias o la desigualdad, hacen que muchas personas no puedan utilizar plenamente los derechos individuales, civiles y políticos, se podría plantear desde esta perspectiva de la eficacia. El insuficiente o casi imposible disfrute de la libertad de expresión o de prensa por un analfabeto, ¿no sería así también un problema la eficacia de esos derechos?

Para que se entienda el carácter de estas observaciones, y la carencia de prejuicios ideológicos en su planteamiento, nada mejor que señalar el otro ejemplo, a mi juicio igualmente claro, de esta cuestión que se plantea en torno al llamado derecho al trabajo, desde la obra de Louis Blanc y en toda la tradición del socialismo democrático <sup>42</sup>. El derecho al trabajo como derecho a obtener un puesto de trabajo (no en otro sentido) partía de la consideración del trabajo como un bien imprescindible para el pleno desarrollo y consiguientemente como una necesidad básica radical. Era la bandera del pleno empleo como paradigma ético central del Estado social, y como modelo de acción positiva de los poderes públicos. La idea de talleres nacionales (*ateliers nationaux*) que surge de Blanc, y su realización por la segunda República en 1848, distinto al proyecto del autor de *La Organización del trabajo*, son un ejemplo de esta mentalidad. Si aceptamos la hipótesis, hoy por desgracia bastante plausible, de que el trabajo es un bien escaso, y que esa escasez no se corregirá plenamente en el futuro, se llega a la conclusión de que es también este derecho de un imposible contenido igualitario y consiguientemente no se puede construir como derecho fundamental por razones de eficacia. La igualdad y la libertad positiva, que siguen siendo raíz del Estado social, tendrán que impulsarse, desde los derechos fundamentales, con otros paradigmas.

Además en este caso, en una moderna economía de mercado, como la que dibuja por ejemplo la Constitución Española vigente, el derecho al trabajo encontraría también dificultades de configuración desde la dimensión de la validez y no sólo de la eficacia. En efecto, sería difícil de incluir en la categoría derecho subjetivo, en la que correspondería, para poder generar un deber correlativo de quienes estuvieran obligados, puesto que los poderes públicos, a los que se debería atribuir ese deber, carecen del control del empleo y no son ya siquiera empleadores principales. Por otro lado, parece difícil, por incidir directamente en la noción de libre mercado, que se pueda fijar el deber correlativo en los empleadores privados. El derecho al trabajo no sería, a finales del siglo xx, tampoco un derecho fundamental válido ni

---

<sup>42</sup> Vid. mi trabajo «Socialismo y derecho al trabajo», en *Sistema*, núm. 97, Madrid, 1990.

eficaz y parece razonable deshacer con eso ilusiones de imposible realización. Un resto de esa mentalidad se encuentra en el artículo 35.1 de la Constitución, que recoge en ese sentido «el derecho al trabajo» y a «la promoción a través del trabajo». El estancamiento del paro, e incluso su aumento, que contrastan con este precepto, no sirven precisamente para aumentar el prestigio del Derecho. La diferencia entre las promesas incumplidas del Derecho y las de la economía en esta materia está en la mayor solemnidad de las primeras, que plasman en normas fijas de gran rango como la Constitución o la ley, mientras que las segundas se formulan en declaraciones ante el Parlamento o ante la prensa o en planes del Gobierno o del Ministerio de Economía y Hacienda, mucho menos expuestas establemente y no fijadas como derechos fundamentales, que aparecen revestidas de su condición de moralidad o de justicia. En todo caso, este tema del derecho al trabajo y de su imposible contenido igualitario se hace también visible en la dialéctica de intereses a veces contrapuestos entre los sindicatos de sector y los parados. No está en muchos casos claro que la política sindical tenga por objeto principal afrontar el tema del paro. Mucho más parece que tratan fundamentalmente de mejorar la situación de los trabajadores de su sector, aunque a veces eso pueda indirectamente perjudicar a quienes no tienen trabajo en el mismo.

Probablemente, si la escasez aquí es estable y de imposible superación, eso va a repercutir en el paradigma de la moralidad pública de la modernidad, perdiendo el valor redentor que tenía la idea de trabajo, inseparable de la dignidad del hombre y explorando otros caminos distintos para contribuir al desarrollo de esa dignidad. En todo caso, parece claro que ni por razones de validez, ni de eficacia, se puede mantener la idea del derecho al trabajo como derecho fundamental.

Las reflexiones de esta ponencia ponen de relieve cómo el movimiento de análisis económico del Derecho o de la política se está progresivamente contrapesando con un análisis ético, político y jurídico de aspectos económicos relevantes. También me parece que en el campo de los derechos fundamentales la aproximación interdisciplinaria es siempre fructífera. Así tanto los contenidos que recogen realidades externas, como la idea de escasez, como los puntos de vista desde los que se abordan por filósofos del Derecho, juristas, filósofos de la moral o de la política, economistas o sociólogos, son plurales y eso enriquece los matices de la investigación. Esta pequeña ponencia quiere ser la contribución de un filósofo del Derecho a esa metodología.

